

Comentarios de Jurisprudencia Constitucional Colombiana
REFLEXIONES SOBRE LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES
DEL PASADO TRIMESTRE

por Rodrigo Uprimny
Profesor de la Universidad Nacional de Colombia

Sumario: Introducción. 1. Los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos en el proceso penal. 2. Referendo constitucional. Los límites del poder de reforma y los derechos del elector. 3. Los efectos temporales de las decisiones de la Corte referidas a medidas de excepción.

Introducción

En el presente aparte se reseñan cuatro decisiones judiciales de particular importancia proferidas recientemente por la Corte Constitucional Colombiana.

En primer lugar se comentan dos sentencias sobre los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos en el proceso penal. Al respecto se comenta la sentencia C-04 de 2003 sobre la posibilidad de revisar decisiones judiciales proferidas en procesos penales adelantados por violaciones graves a los derechos y la sentencia T-249 de 2003 sobre la definición y las facultades de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos en el proceso penal.

Posteriormente se reseña y comenta la importante sentencia C-551 de 2003 sobre el proyecto de ley que convocó a un referendo popular para reformar la Constitución. En particular, el comentario se refiere a los límites del poder de reforma y la protección de la libertad del elector.

Finalmente, se comenta la decisión adoptada a través de la sentencia C-619 de 1993, sobre los efectos temporales de las decisiones de inconstitucionalidad de medidas de excepción.

I. Los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y el proceso penal: las sentencias C-04 de 2003 sobre non bis in idem y T-249 de 2003 sobre parte civil por delitos de lesa humanidad.

El papel de las víctimas en el proceso penal ha generado polémicas recurrentes, no sólo en el derecho penal sino también a nivel constitucional. Y esto es comprensible, por cuanto puede existir una tensión normativa entre los derechos de esas víctimas y la consagración de un proceso penal garantista, que asegure los derechos del procesado.

En el pasado, esa tensión se solucionó a favor del procesado: el derecho penal tendió a excluir a las víctimas de los procesos penales, o a limitar su papel a la búsqueda de una reparación puramente económica. En efecto, el monopolio de la acción penal por el Estado era considerado un símbolo de civilización, que había permitido superar la venganza privada como reacción frente al delito. Por ello se pensaba que un papel protagónico de las víctimas en la investigación penal podía traducirse en una erosión de las garantías procesales del acusado.

Sin embargo, en los últimos años, esa visión clásica ha sido objeto de críticas, provenientes no sólo de la victimología sino también, y tal vez en especial, del movimiento de derechos humanos. La razón fundamental es el reconocimiento de que las víctimas de los atentados contra la dignidad humana tienen derechos que desbordan la pretensión indemnizatoria, pues tienen derecho no sólo a una reparación material sino además a conocer la verdad de lo sucedido y a que se haga justicia. Lo anterior implica que las víctimas, o sus familiares, deben tener una participación más activa en el proceso penal, pero sin que dicha participación se traduzca en una afectación de las garantías del acusado.

Esta situación explica entonces la importancia de construir una dogmática constitucional que armonice adecuadamente los derechos del procesado y los derechos de las víctimas, pues un proceso penal democrático y garantista debe asegurar el debido proceso al acusado, pero también incorporar las pretensiones de justicia de las víctimas y sus familiares.

La evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana en este tema es significativa.

Aproximadamente hasta el año 2000, la Corte estuvo muy dividida sobre ese punto, pero aún así, de manera reiterada sostuvo la tesis tradicional de que en los procesos penales las víctimas tenían una pretensión eminentemente patrimonial. Es cierto que existían algunas sentencias aisladas que señalaban que los derechos de las víctimas desbordaban esa pretensión indemnizatoria, pero la tendencia fue aceptar que en el proceso penal, la participación de las víctimas buscaba esencialmente una reparación patrimonial. A partir del año 2001, la Corte Constitucional tomó nota de la variación que a nivel internacional se había dado sobre los derechos de las víctimas, en especial en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Barrios Altos del Perú (1), en donde este tribunal internacional concluyó que la amnistía que se había dado en Perú por esos hechos era contraria a la Convención, a pesar de que ese país se había comprometido a reparar materialmente a las víctimas. La Corte Interamericana llegó a esta conclusión al considerar que, debido a la amnistía, no se garantizaba a las víctimas, o a sus familiares, los derechos a la verdad y a la justicia. A partir de esta evolución de la doctrina internacional sobre el tema, la Corte Constitucional colombiana varió radicalmente su jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas, y reconoce que en los procesos penales el derecho de participación de los afectados por atentados contra la dignidad humana no tiene un interés puramente reparatorio o material, sino que corresponde al derecho a una reparación más integral, que incluye el derecho a la verdad y el derecho a la justicia (2).

Las implicaciones de esta doctrina son importantes. Por ejemplo, si se sostiene que la víctima solo tiene un interés reparatorio, ella podría ser excluida de las primeras fases de la investigación penal –conocidas en Colombia como “investigación previa”–, por cuanto en ellas todavía no hay un posible responsable conocido. Entonces, si no existe todavía un eventual responsable, la víctima (o sus familiares) pueden ser excluidos, pues no tienen contra quién dirigir la pretensión de reparación. Por consiguiente, conforme a esa visión restrictiva de los derechos de las víctimas, el legislador puede apartarlas de la investigación previa de un proceso penal. Justamente esa exclusión fue declarada constitucional por la Corte en la sentencia C-293 de 1995. Sin embargo, posteriormente, la Corte varió su jurisprudencia y establece que la víctima no tiene sólo

un interés patrimonial, sino que tiene unos derechos más amplios, que incluyen el derecho a la verdad y a la justicia. Bajo esta tesis ya la víctima o el perjudicado no pueden ser excluidos de la investigación previa, por cuanto tienen derecho a la verdad y a la justicia, y uno de los momentos esenciales para determinar la verdad de lo que ocurrió y para formular pretensiones adecuadas de justicia, es precisamente la investigación previa(3).

Dos sentencias de 2003, que se incluyen en este comentario, desarrollan otras implicaciones importantes del reconocimiento constitucional de los derechos de las víctimas.

La sentencia C-04 de 2003, estudia la compleja y difícil relación entre el non bis in ídem o la prohibición de doble enjuiciamiento y los derechos de las víctimas. Según el non bis in ídem, una persona no puede ser investigada dos o más veces por un mismo delito. Esta prohibición es una de las grandes garantías del derecho penal, porque evita el ensañamiento punitivo del Estado y garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos. Es pues una garantía ciudadana esencial en una democracia. Sin embargo, la prohibición del non bis in ídem puede entrar en tensión muy fuerte con los derechos de las víctimas, sobre todo cuando los presuntos implicados son absueltos a partir de investigaciones que no tuvieron muchas garantías de seriedad, o aparecen pruebas no conocidas al momento de ser adelantado el juicio.

La sentencia C-04 de 2003 tuvo que analizar precisamente esa tensión entre el non bis in ídem y los derechos de las víctimas, a raíz de una demanda contra la norma que regula la acción de revisión del Código de Procedimiento Penal. Esa disposición establece que en general la acción de revisión por pruebas nuevas sólo procede contra sentencias absolutorias, y únicamente en beneficio del procesado; únicamente en dos eventos procede también contra decisiones absolutorias: que el juez hubiera cometido un delito o que la persona hubiera sido absuelta por prueba falsa. La Corte, en esa sentencia, luego de analizar las relaciones entre los derechos de las víctimas y el principio del non bis in ídem, concluye que en relación con los delitos en general, esa restricción que establece el Código de Procedimiento Penal es válida, pero como los derechos de las víctimas se incrementan en la medida en que el delito es más grave, la restricción se vuelve desproporcionada en caso de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones de derechos humanos, sobre todo, cuando se constata que la investigación que había realizado el Estado era en el fondo una investigación aparente.

A partir de esta argumentación, la Corte concluye que en esas hipótesis la acción de revisión es viable incluso contra decisiones absolutorias, pues la cosa juzgada de la que gozaba la persona absuelta no era más que aparente, ya que en el fondo, debido a las omisiones protuberantes del Estado, no existió realmente un proceso contra ese individuo

Esta doctrina sobre los derechos de las víctimas ha tenido también consecuencias en la participación de organismos de derechos humanos en investigaciones judiciales sobre masacres, como lo muestra la sentencia T-249 de 2003. En este caso, el peticionario hacía parte de un grupo de derechos humanos y había solicitado ser parte civil en el proceso penal seguido por las masacres y los delitos que se habían cometido en una región de Colombia (Urabá). Al peticionario se le había negado la participación como

parte civil en estos procesos, pues la Fiscalía argumentaba que él no había sufrido ningún perjuicio directo. El peticionario, por su parte, argüía que en este caso no había únicamente homicidios dispersos, sino que existía un patrón sistemático de homicidios y ejecuciones que podían configurar un delito de lesa humanidad y, por consiguiente, la perjudicada no era únicamente la comunidad directamente afectada, sino en el fondo, toda la humanidad. La Corte Constitucional acepta esas pretensiones e indica que, dentro de ciertos límites, aquellos que demuestren seriedad en la defensa de los derechos humanos, tienen derecho a constituirse como parte civil en esos procesos. La sentencia T-249 de 2003 concluye que en ese tipo de procesos, debido al derecho a la verdad, a la reparación y a la justicia, así como a la naturaleza de los delitos de lesa humanidad, (sin que la Corte prejuzgara que se había cometido o no ese delito), cabía una parte civil popular y, por consiguiente, le ordenó a la Fiscalía que admitiera la parte civil en estos de procesos.

Estas dos sentencias de la Corte Constitucional sobre derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos en el proceso penal son interesantes, al menos por dos razones: de un lado, por su contenido intrínseco, pues ofrecen alternativas para armonizar los derechos de las víctimas con las garantías del procesado. Y de otro lado, porque muestran la interacción dinámica que puede existir entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la evolución de la doctrina internacional sobre el alcance de los derechos de las víctimas de las violaciones a los derechos humanos fue determinante en el cambio de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre el tema.

II. La sentencia C-551 de 2003 sobre referendo, los límites del poder de reforma y la protección de la libertad del elector.

Sin lugar a dudas, una de las decisiones más importantes de este año de la Corte Constitucional fue la sentencia C-551 de 2003, que revisó la constitucionalidad de una ley de origen gubernamental que convocaba un referendo para reformar la Constitución. Este comentario explica brevemente el contexto de esa sentencia, con el fin de comprender su importancia y complejidad, para luego centrarse en dos aspectos, que pueden ser interesantes en derecho comparado: las tesis desarrolladas por esta sentencia en torno a los límites del poder de reforma constitucional y a la protección de la libertad del elector, cuando los gobiernos usan los mecanismos de democracia directa, como los plebiscitos, los referendos o las consultas populares.

1- La importancia de la sentencia C-551 de 2003

Un poco de historia y algunas informaciones breves son útiles para contextualizar esta sentencia.

Un primer punto que conviene aclarar es por qué la Corte tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad del referendo. Y para comprender esto, es necesario tener en cuenta que el régimen colombiano establece que todo referendo destinado a reformar la constitución debe estar incorporado en una ley, y que, con posterioridad a la aprobación de la ley, pero previamente a la decisión ciudadana, la Corte debe automáticamente controlar la constitucionalidad de la convocatoria al referendo constitucional, pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. (CP art 241). La sentencia C-551 de 2003 tuvo precisamente que analizar si una propuesta de referendo para reformar la

constitución, impulsada por el presidente Uribe e incorporada en la ley 796 de 2003, aprobada a comienzos de año, era o no constitucional.

El tema parece simple, pues podría pensarse que la Corte Constitucional sólo debía verificar si el trámite en el Congreso de esa ley era o no adecuado, esto es, que su función era simplemente notarial, ya que su competencia se limitaba a examinar los vicios de procedimiento. Sin embargo, la decisión resultó muy difícil y compleja, tanto por razones políticas, como jurídicas.

Desde el punto de vista político, conviene resaltar tres hechos: de un lado, a diferencia de la mayor parte de los referendos, que suelen centrarse en uno o dos puntos precisos, el Presidente Uribe quiso someter a la consideración de la ciudadanía la reforma de una veintena de artículos constitucionales, sobre temas muy disímiles. Un examen de la propuesta muestra que ésta versaba al menos sobre siete temas distintos. Así, algunas reformas eran sobre moralización de las costumbres políticas (puntos 1, 2, 3, 5, 7 y 11); otras reestructuran el sistema de representación política pues buscan modificar la estructura del congreso, las reglas electorales y el régimen de partidos (6 y 15); otra altera el proceso presupuestal (4); otras preguntas cambian la estructura del Estado, al suprimir ciertas entidades estatales (9, 10, 12 y 13); otras preguntas buscan limitar el gasto público en salarios y pensiones oficiales, y reducen la negociación colectiva en este ámbito (8 y 14); otra limita la autonomía personal al penalizar el consumo de drogas (16) mientras que otra era prácticamente una elección, pues buscaba prolongar el período de los actuales gobernadores y alcaldes (17). En el fondo, lo anterior significaba que la Ley 796 de 2003, que aprobó con modificaciones la propuesta gubernamental, no contenía uno sino al menos siete referendos distintos.

De otro lado, algunas de estas reformas son además de indudable complejidad técnica, como aquella que propone modificar el sistema electoral y transformar la fórmula electoral del sistema Hare, o de cociente con residuo mayor, al sistema D'Hondt o de cifra repartidora. Este tema es difícil incluso para los politólogos y los especialistas en derecho constitucional, por lo que resulta poco menos que esotérico para la mayor parte de los ciudadanos.

Finalmente, durante el trámite legislativo, el Gobierno cambió en forma importante el proyecto originario. Inicialmente, el referendo se centraba en reformar el sistema electoral, para evitar la dispersión actual de la fuerzas políticas, y reforzar ciertos mecanismos contra la corrupción, lo cual explicaba su denominación inicial: “referendo contra la corrupción y la politiquería”. Estos propósitos hubieran podido generar un cierto acuerdo político. Sin embargo, a penas posesionado, el Gobierno consideró que la crisis fiscal era más grave de lo previsto, por lo que el ajuste debía ser más severo, e incorporó nuevas preguntas, destinadas a congelar las pensiones y los salarios públicos. Estas reformas obviamente encontraron mucha oposición de los sectores sindicales y de los grupos de izquierda. Igualmente, con el fin de lograr más apoyo al referendo, el gobierno también planteó dos preguntas, que poco tenían que ver con la propuesta originaria: la penalización del consumo de drogas, para estimular a los padres de familia a votar el referendo; y la prolongación del período de alcaldes y gobernadores, con el fin de lograr que estos mandatarios locales se convirtieran en defensores de la propuesta gubernamental.

Estos tres factores (multiplicidad de temas, complejidad, e introducción de preguntas sobre el ajuste económico) polarizaron las actitudes ciudadanas frente al referendo, que dejó de ser una discusión sobre la conveniencia o no de ciertas reformas constitucionales, para convertirse en un plebiscito de apoyo o de rechazo al gobierno de Uribe, y en especial a sus programas de ajuste económico y de lucha contra insurgente. Y la Corte Constitucional se encontraba en el centro de ese debate, lo cual convertía su decisión en una tarea políticamente muy delicada.

Pero las dificultades no eran solo políticas; también eran jurídicas. La razón es la siguiente: la Constitución colombiana prevé tres mecanismos de reforma constitucional: (i) el llamado acto legislativo, por medio del cual el Congreso reforma directamente la Carta, pero con un procedimiento más exigente y una mayoría calificada; (ii) el referendo, en virtud del cual la ciudadanía aprueba o imprueba una propuesta de reforma constitucional; y (iii) la asamblea constituyente, elegida específicamente para reformar la Carta. En general, las reformas constitucionales en nuestro país han sido hechas por la primera vía, por lo que no existe ni tradición política ni claridad jurídica sobre la manera como opera una reforma vía referendo. La sentencia C-551 de 2003 es pues prácticamente el primer pronunciamiento jurisprudencial sistemático sobre ese tema, y en ella la Corte debió examinar integralmente el régimen constitucional del referendo y resolver una enorme cantidad de problemas jurídicos, que no tenían una definición clara en el texto constitucional.

Todo lo anterior muestra la importancia jurídica y política de esta sentencia. E igualmente explica su extensión, pues la Corte debió examinar una enorme cantidad de temas, desde la definición del alcance de su competencia hasta el examen concreto y detallado de cada una de las votaciones que tuvieron lugar en el Congreso.

La Corte tomó una decisión intermedia entre la anulación del referendo y su declaratoria de constitucionalidad. En efecto, como puede constatar, dejó a salvo gran parte de la propuesta gubernamental, pero declaró inconstitucionales, por graves vicios de procedimiento, o por violar la libertad del elector, las preguntas que intentaban capturar electores y facilitar la labor del gobierno de hacer aprobar el referendo.

La Corte anuló la posibilidad de votar en bloque el referendo, pues consideró que esa opción, en un referendo multitemático, violaba la libertad del elector y desnaturalizaba la figura del referendo constitucional, al convertirlo en una expresión de apoyo o rechazo al promotor del referendo. Además, según la Corte, el voto en bloque de un referendo multitemático de origen presidencial tiende además a convertir la consulta a la ciudadanía en un mecanismo plebiscitario, que no es constitucionalmente idóneo para la reforma a la Carta. Igualmente la Corte anuló las notas introductorias que precedían a las reformas – preguntas – sometidas a la consideración de la ciudadanía. Al respecto consideró que inducían una respuesta afirmativa del elector. También anuló la propuesta de penalizar el consumo de drogas, pues consideró que era un elemento totalmente extraño a la propuesta esencial del referendo. Y finalmente anuló, también por violar la libertad del elector y por abrir camino a una distorsión del Estado de derecho, la pregunta que planteaba la prórroga del período de gobernadores y alcaldes.

La sentencia es extensa y compleja. Por ello, al lector que quiera conocer sus tesis esenciales, le recomendamos comenzar por la lectura del fundamento jurídico 335, en donde la Corte sintetiza sus consideraciones y decisiones.

Conviene también resaltar que muchos de los temas tratados por la Corte hacen referencia a problemas normativos que son propios del orden constitucional colombiano, como los relativos al alcance de la reserva de iniciativa gubernamental, la naturaleza de la ley de referendo o el alcance de las comisiones de conciliación, cuando los textos aprobados por el Senado y la Cámara de Representantes discrepan. Otros temas son puramente empíricos, como la verificación del trámite de la ley. Esos asuntos pueden no ser interesantes para el lector de otras nacionalidades.

Sin embargo, creemos que existen dos aspectos, cuyo interés desborda el caso colombiano, que son el estudio de la Corte de los límites del poder de reforma (fundamentos 27 a 41) y su análisis de la protección de la libertad del elector en los referendos (Fundamentos 117 y ss). Por ello conviene adelantar algunos comentarios sobre ambos aspectos.

2- El análisis de la Corte sobre los límites del poder de reforma.

En los últimos tiempos, el examen de los límites del poder de reforma ha empezado a cobrar una importancia creciente en el debate constitucional. Y la razón es la siguiente: cada vez más, en ciertas sociedades, en especial en las latinoamericanas, la reforma constitucional ha sido usada, de manera generosa, para evitar los controles constitucionales. Así, aquellos gobiernos que gozan transitoriamente de una cierta popularidad enfrentan las decisiones judiciales que no les agradan reformando la constitución. Los ejemplos de Menem y Fujimori son significativos. Por ello, algunos doctrinantes y tribunales constitucionales han defendido la idea de que incluso aquellas constituciones que no tienen cláusulas pétreas establecen empero límites al poder de reforma, porque es de la esencia del poder de reforma, como poder instituido que es, tener límites. El ejemplo tal vez más notable, citado y explicado por la sentencia C-551 de 2003 (ver nota de pie de página 19), es el caso de la India, en donde la Corte Suprema ha concluido que el poder de reforma constitucional tiene límites competenciales, a pesar de que esa Constitución no consagra ninguna prohibición expresa al poder de reforma, ni ninguna cláusula pétrea. Según ese tribunal, una reforma no puede afectar la “estructura básica” de la Constitución, pues equivaldría a permitir a una autoridad subvertir la constitución existente.

La tesis de la existencia de límites implícitos al poder de reforma ha sido criticada severamente por otros autores, básicamente por dos razones: consideran que es una usurpación judicial, pues sería el juez constitucional quien definiría cuáles son los componentes inmodificables de la constitución; y de otro lado, argumentan que esa tesis es riesgosa, pues genera una excesiva rigidez constitucional, que podría provocar rupturas institucionales, frente a la imposibilidad de realizar ciertas reformas por las vías jurídicas previstas por el propio ordenamiento.

El constitucionalismo colombiano no ha escapado a ese debate, el cual ha adquirido una cierta importancia en los últimos meses, pues el gobierno Uribe ha planteado numerosas reformas constitucionales, por distintas vías, que según algunos analistas equivalen prácticamente a un progresivo desmantelamiento de la Constitución de 1991, a fin de

instaurar un Estado autoritario. En ese contexto, la sentencia C-551 de 2003 desarrolla la tesis de que el poder de reforma en Colombia tiene límites, no sólo de procedimiento, sino también materiales, a pesar de que la Carta no contenga ninguna cláusula pétrea.

La doctrina de la Corte se funda en dos argumentos básicos. De un lado, la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma, de la cual extrae el tribunal la idea de que poder de reforma, al no ser originario, es por esencia limitado. Y, de otro lado, la Corte argumenta que la Carta de 1991 no prevé la reforma total de la constitución, por lo cual debe entenderse que ésta no es posible, pues las autoridades instituidas, y entre ellas el poder de reforma, sólo tienen las competencias que les han sido atribuidas. La Corte concluye entonces que una reforma constitucional, a pesar de que haya sido aprobada conforme a los procedimientos regulares, puede ser materialmente inconstitucional, si equivale a una sustitución de la constitución vigente.

La Corte no desarrolla in extenso en qué consiste una sustitución de la constitución pero da unos ejemplos básicos que ilustran la idea; señala que la transformación de Colombia en un Estado totalitario sería inconstitucional, por más de que haya sido realizada por los procedimientos formales previstos, pues equivaldría a una sustitución de la Carta de 1991. Y frente a la eventual acusación de que esa tesis introduce una excesiva rigidez constitucional, la Corte sugiere la idea de que la propia Constitución establece distintos mecanismos de reforma, unos más agravados que otros, y que por ende la Carta podría permitir “la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales”.

3- Un posible desarrollo de la tesis de la Corte sobre los límites del poder de reforma:

La tesis de la Corte sobre los límites del poder de reforma es audaz e importante, y sin lugar a dudas provocará un debate doctrinario en los meses por venir. En particular, algunos podrían objetarle que (i) no es verdad que el poder de reforma tenga límites materiales en Colombia, (ii) que no es claro en qué consiste una sustitución de la constitución existente y (iii) que el riesgo de rigidez constitucional subsiste. Por ello conviene discutir brevemente esas objeciones.

Creo que los argumentos de la Corte a favor de la existencia de límites materiales al poder de reforma, si bien son vigorosos, y tal vez suficientes, hubieran podido ser apoyados con otros elementos, que no sólo refuerzan la tesis de la Corte sino que además ayudan a delimitar el alcance de la prohibición de la sustitución de la Constitución vigente. En efecto, como indico adelante, parecen existir otros argumentos lógicos, históricos, funcionales y de derecho internacional que refuerzan esa tesis.

Desde el punto de vista estrictamente lógico, un poder de reforma ilimitado, que tuviera la capacidad de modificar toda la constitución y sustituirla, incluyendo la propia cláusula de reforma y la supremacía de la misma constitución, resulta contradictorio. En efecto, como lo han mostrado brillantemente autores como Alf Ross o Adolf Merckl(4), la idea misma de supremacía de la constitución y la estructura jerarquizada de los ordenamientos jurídicos implican conceptualmente que el poder de reforma tiene límites competenciales. Así, conviene recordar que dos elementos esenciales de las constituciones en el mundo contemporáneo son su supremacía y rigidez, esto es, que ellas son la norma superior del ordenamiento y que tienen un mecanismo de reforma

más estricto que el de las leyes ordinarias. Por ello el poder de reforma es una competencia jurídica, que tiene su base en la propia constitución, y que es distinta del poder constituyente originario.

La validez de los actos del poder de reforma depende entonces de la preservación de la propia constitución, puesto que en ella tiene su fundamento de validez. Por consiguiente, no puede válidamente el poder de reforma, que es una competencia jurídica limitada y derivada, suprimir o sustituir la constitución existente, porque estaría precisamente eliminando las bases de su propia competencia. Estos autores concluyen entonces que si bien es posible que una reforma de ese tipo llegue a ser aceptada por la sociedad, como si ella hubiera sido adoptada por un procedimiento jurídicamente válido, es claro que esa reforma vulneraría la lógica y coherencia del sistema constitucional, pues el poder de reforma ya no sería un poder jurídicamente válido, ya que las bases de su competencia habrían sido eliminadas por la propia reforma.

Contra el argumento anterior no podría alegarse que el procedimiento de reforma fue válido por haberse fundado en la propia cláusula de reforma, pues una proposición no puede ser, en términos lógicos, autorreferente. Así mismo, una autoridad no puede autodefinir su propia competencia, pues dejaría de tener una competencia limitada y se convertiría en soberana. Por ende, una reforma total de la constitución, amparada formalmente en el poder de reforma o revisión, en caso de ser aceptada por la sociedad, equivaldría a una verdadera actuación de un nuevo poder constituyente originario.

Una razón histórica y material sobre la función del constitucionalismo fortalece la tesis sobre los límites competenciales del poder de reforma. En efecto, la idea de una constitución democrática no es únicamente la de una norma de especial jerarquía. La constitución democrática debe además contener ciertos valores mínimos para poder ser calificada materialmente de constitución. Y estos valores se encuentran ligados a la idea de un Estado limitado, que se fundamenta en la democracia, y garantiza la dignidad y los derechos de la persona. Una Constitución no es entonces cualquier texto jurídico que se reconozca como superior, sino que ha de contener ciertos elementos, tales como la definición de una estructura del poder, un sistema de derechos constitucionales, el diseño de un sistema democrático, la existencia de un control constitucional, el respeto por la dignidad humana, etc. Son estos valores y principios los que construyen la esencia de la idea de un poder constitucional limitado. La renuncia a tales valores y principios básicos no supone sólo separarse de tal tradición sino, aún más, abjurar de la condición de democracia constitucional, pues no será posible concebir un poder limitado o, lo que es lo mismo, un Estado organizado por y a partir del derecho. Y por ello una reforma constitucional que consagre normas que desconozcan ese piso axiológico mínimo de todo régimen constitucional desborda las competencias del poder constituyente derivado, no sólo porque subvierte la Constitución de 1991, que está comprometida con esos valores, sino además porque desvirtúa la idea misma de régimen constitucional. Como bien dice Lowenstein, una reforma constitucional que privara de sus derechos a los pelirrojos “estaría tan en contradicción con el principio de igualdad”, que es uno de los principios y valores esenciales del constitucionalismo, “que habría que hablar de una anticonstitucionalidad inherente *prima facie*(5)”.

Esta función histórica del constitucionalismo ha recibido además una cierta positivización en el derecho internacional público. En efecto, es posible identificar un orden público internacional, construido a partir de un sistema de valores que les son exigibles a todos los Estados en el planeta. Tales valores se reflejan en diversos instrumentos internacionales, como las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, o como los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Además, muchos de los principios y reglas que amparan esos valores ligados a la dignidad humana han adquirido el carácter de normas imperativas de derecho público o normas *Ius Cogens*, que no admiten ninguna normatividad que las vulnere⁽⁶⁾. Una reforma constitucional no puede entonces contradecir esos principios imperativos del derecho internacional público, muchos de los cuales han sido constitucionalizados por la Constitución de 1991, en virtud del bloque de constitucionalidad (CP arts 93, 94 y 214).

Los anteriores argumentos no sólo refuerzan la tesis del carácter limitado del poder de reforma sino que podrían ayudar a precisar esos límites. En efecto, si el poder de reforma no puede implicar la sustitución o destrucción de la constitución existente, es claro que éste tiene la capacidad de modificar múltiples regulaciones contenidas en la Constitución pero siempre y cuando dichas reformas no equivalgan a una sustitución de la constitución vigente. Esto significa que en toda constitución existe un contenido esencial, que deriva de la decisión política fundamental adoptada por el poder constituyente, y que debe ser preservado por el poder de reforma, el cual no puede invadir ese contenido esencial, pues de hacerlo, estaría desbordando su competencia. Este contenido esencial de la Constitución está a su vez ligado al sustrato axiológico de la misma, que se encuentra articulado no sólo a ciertas decisiones fundamentales del poder constituyente histórico de cada país, sino además a la función contemporánea de los ordenamientos constitucionales en la preservación de la democracia y de los derechos de la persona. En el caso de la Constitución de 1991, ambos elementos se refuerzan mutuamente por una razón elemental: la identidad política de esta Carta está compuesta por un conjunto de reglas, principios y valores, que dan sentido a la persona humana y al sistema social organizado como Estado social de derecho y democracia participativa.

Estos argumentos suplementarios no sólo fortalecen la tesis de la Corte sino que a su vez delimitan mejor el alcance de la estructura básica de la Constitución, que no puede ser alterada por el poder de reforma. Y frente a la objeción de que esa doctrina petrifica la Carta de 1991, creo que es posible ofrecer una respuesta a partir de la tesis, desarrollada por algunos sectores de la doctrina y muchas regulaciones constitucionales, según la cual, los límites, ya sea expresos (cláusulas pétreas) o inmanentes (estructura básica) al poder de reforma no deben ser absolutizados, pues llevarían, en ciertos casos, a una manifestación extrajurídica del poder constituyente originario.

Por lo anterior, han concluido que es necesario intentar, en cierta forma, institucionalizar y positivizar el poder constituyente originario, por osado que eso parezca, y proponen entonces establecer diversos mecanismos de reforma constitucional⁽⁷⁾. Así, para los ajustes de la Constitución a las nuevas realidades históricas, existiría un poder de reforma, si se quiere, “ordinario”, que estaría limitado por la estructura básica de la Constitución. En cambio, para la aprobación de las reformas totales de la Constitución o de aquellas que afectan su contenido esencial, es necesario un procedimiento agravado de reforma, que cuente siempre con la consulta al

pueblo, y que haga mucho más difícil, pero no imposible, la reforma de la estructura básica de la Carta.

Esta distinción entre distintos mecanismos de reforma, y la previsión de un procedimiento reforzado, y con participación obligatoria de la ciudadanía, para aquellas revisiones que afectan la estructura básica de la Constitución, es una tentativa que, reconociendo el carácter obligatoriamente limitado del poder de reforma, pretende evitar rupturas de la continuidad jurídica. El resultado que se busca es entonces una cierta positivización del poder constituyente originario, tentativa siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es “rebelde a una integración total en un sistema de normas y competencias”(8), y por ello no admite una institucionalización total. Sin embargo, esa positivación parcial del poder constituyente originario aparece como la tentativa más audaz para preservar la identidad básica de las constituciones, sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales, en la medida en que permite ampliar las competencias del poder de reforma, autorizando incluso una reforma total pero regular de la Constitución. Al decir de Burdeau:

“La extensión de los poderes del órgano de revisión constitucional se encuentra en función de la importancia de la participación del soberano en el procedimiento de revisión. Sin lugar a dudas, el hecho de que el pueblo sea llamado a pronunciarse directamente no le resta nada jurídicamente al carácter de poder constituido que es propio del órgano de revisión, pero al menos, políticamente su intervención tiene el efecto, al acercar el poder originario al poder instituido, de dar a este último una competencia prácticamente igual a aquella que, en términos jurídicos, pertenece al primero(9).”

A la luz de las anteriores reflexiones sobre la posibilidad de institucionalizar parcialmente el poder constituyente originario, es posible responder a la objeción, según la cual, la doctrina de los límites competenciales del poder de reforma impulsaría rupturas institucionales.

En efecto, es razonable suponer que la Asamblea Constituyente quiso proteger la identidad política de la Constitución de 1991, pero sin que ello implicara petrificar el texto constitucional. La Asamblea Constituyente decidió entonces no sólo prever distintos mecanismos de reforma constitucional sino además que éstos contaran con una mayor participación democrática. Y por ello, según la voluntad de los Constituyentes, los asuntos más trascendentales de reforma constitucional quedaban reservados a los procedimientos y vías que contaran con una mayor participación directa del pueblo (referendo y asamblea constituyente), mientras que las modificaciones de las regulaciones constitucionales que no afectaran la estructura básica podían ser aprobadas por medio de acto legislativo. Así, la ponencia respectiva señaló lo siguiente:

“(H)ubo un claro consenso en el seno de la subcomisión, en el sentido de considerar que es necesario complementar el mecanismo previsto en el actual artículo 218 de la Constitución, con otras disposiciones que permitan mayor participación democrática en el procedimiento de reformas a la Carta.

Se quiso buscar un equilibrio entre la necesaria permanencia que deben tener las normas constitucionales, y la importancia de permitir los ajustes que respondan a las condiciones cambiantes de los tiempos.

Sobre la base de este acuerdo fundamental, se decidió acoger en sus lineamientos técnicos el proyecto presentado por el Gobierno.

Se establece la posibilidad de reformar la Constitución, por el Congreso, mediante el mecanismo de actos legislativos hoy vigente, con algunas precisiones; por Asamblea Constituyente elegida popularmente y, sin consenso en la subcomisión, por Referendum como figura independiente.

En cuanto al primer mecanismo, se dispone que las reformas así realizadas sólo podrán ser impugnadas por vicios de forma, pero como especial garantía para los asociados se establece la necesidad de ratificación popular cuando se afecten los principios esenciales de la Constitución.

Para la Asamblea Constituyente, se prevé que en el acto de convocatoria debe delimitarse claramente su conformación, período y competencia (subrayas no originales).(10) ”

Esta idea fue retomada en los debates en la Asamblea Constituyente, en donde algunos delegatarios plantearon la necesidad de que la reforma constitucional tuviera distintos niveles de exigencia, de tal manera que la revisión de los temas esenciales, ligados a los principios fundamentales y al reconocimiento y protección de los derechos constitucionales, estuviera sometida a un trámite más riguroso y que incluyera la participación ciudadana(11).

Conforme a lo anterior, la Constitución de 1991, al establecer distintas vías de reforma, buscó evitar los riesgos que para la estabilidad jurídica puede implicar la competencia necesariamente limitada del poder de reforma. En efecto, al obligar que algunos de esos mecanismos de reforma –como el referendo o la convocación a una asamblea constituyente- cuenten con la participación directa de la ciudadanía, la Constitución de 1991 permite ampliar la competencia del poder de reforma, más allá de sus límites inmanentes, pues esa participación directa del pueblo, sin eliminar la naturaleza jurídica y reglada del proceso, acerca, como lo explica Burdeau, el poder de reforma al poder constituyente.

Estos procedimientos extraordinarios de reforma, a saber el referendo y la asamblea constituyente, implican entonces una cierta positivación o institucionalización parcial del poder constituyente originario, que tiene un objetivo preciso: permitir que incluso los cambios más radicales de nuestro ordenamiento puedan ser adelantados por medios jurídicos, lo cual es natural en una Constitución que no sólo reconoce la soberanía popular sino que, además, establece que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (CP arts 3° y 22). En efecto, al permitir una irrupción jurídicamente regulada del poder constituyente originario, la Constitución de 1991 incrementa la posibilidad de que los cambios sociales puedan realizarse por medios jurídicos pacíficos, a través de una participación ciudadana acentuada.

En tales circunstancias, y a pesar de que es claro que el poder de reforma se encuentra limitado por la estructura básica de la Constitución, como lo explica la sentencia analizada, es razonable suponer que por las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) es posible entrar a modificar incluso la estructura básica de la Constitución, pues la aprobación ciudadana de esas modificaciones implica una cierta intervención del poder constituyente originario pero, por paradójico que parezca, de manera institucionalizada. Esta situación obviamente no implica que el pueblo pierda la plenitud de su poder constituyente pues éste, como soberano, conserva latente esa potencia; pero la Carta de 1991, con el fin de prevenir al máximo una ruptura de la continuidad jurídica, intenta institucionalizar parcialmente esta intervención extraordinaria del poder constituyente, autorizando cambios radicales, incluso de la estructura básica, siempre y cuando éstos se realicen por los procedimientos reforzados y con participación ciudadana: referendo y asamblea constituyente.

El examen precedente permite entonces concluir que la competencia del poder de reforma es diversa según que se base en los distintos procedimientos de reforma previstos por la Carta. En efecto, el artículo 374 de la Constitución prevé tres formas de reforma constitucional. Una interpretación sistemática de los preceptos que regulan cada una de ellas, muestra que la estructura básica tiene fuerza distinta frente a cada uno de ellos. Así, ciertas regulaciones –aquellas que no afecten la estructura básica- pueden ser modificadas por cualquiera de los mecanismos previstos por el título XIII de la Carta, incluyendo el mecanismo “ordinario” del acto legislativo. Sin embargo, sólo es posible revisar los elementos de la estructura básica recurriendo a los procedimientos agravados y extraordinarios, que implican obligatoriamente la participación directa de la ciudadanía. Esta diferenciación es perfectamente razonable, habida consideración de que la necesidad de actualización de la Constitución no es igual en todo momento histórico. Así, habrá situaciones que podrán ser superadas con pequeñas reformas – como el cambio de nombre de la capital de Santa Fe de Bogotá a Bogotá-, mientras que otras demandan procesos y consensos mayores.

La reforma constitucional por vía de acto legislativo aprobado por el Congreso de la República, en los términos del artículo 375 de la Constitución, únicamente demanda el concurso de los partidos políticos con representación en el Congreso y la mayoría calificada exigida es relativamente baja, en términos de derecho comparado, pues basta la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras, mientras que muchos ordenamientos requieren votaciones de dos terceras partes o tres cuartas partes de los integrantes de esas corporaciones. Además, este mecanismo no supone la participación directa del pueblo sino únicamente de sus representantes. Como quiera que este procedimiento implica la menor –en relación con las restantes formas de reforma- representación o manifestación del consenso sobre la reforma, debería entenderse que en tales casos la estructura básica de la Constitución limita la potestad de reforma. El Congreso, como poder de reforma “ordinario”, no puede entonces alterar la estructura básica ni el contenido esencial de la Constitución; un acto legislativo puede variar aquellas regulaciones constitucionales, que no impliquen una alteración de la identidad política de la Carta, como un todo considerado.

Por su parte, la reforma constitucional por vía de referendo supone una ampliación de la base democrática de la reforma. En efecto, tal como lo prevé el artículo 378 de la Carta, no resulta suficiente la aprobación por parte de la representación política en el

Congreso, sino que, además, el pueblo tiene que aprobar directamente la decisión. Pero eso no es todo; la Carta no sólo exige que la modificación sea aprobada por más de la mitad de los sufragantes, sino que además establece un umbral mínimo de participación, pues señala que la reforma debe haber sido votada por más de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral. Esta exigencia institucionaliza parcialmente el poder constituyente originario, y por ello es posible, por esta vía, modificar la estructura básica de la Constitución. Sin embargo, es propio de los referendos que el pueblo se pronuncie sobre algunos temas únicamente, por lo que es razonable concluir que por esta vía no puede llegarse a una reforma total de la Carta sino únicamente a la revisión de algunos de los elementos de su estructura básica.

Finalmente, del trámite fijado en el artículo 376 de la Constitución para la reforma por vía de Asamblea Constituyente se deriva que se está en presencia de un sistema que impone la máxima base democrática para la reforma constitucional, pues, en realidad, se incorporan los modos anteriores (aprobación del Congreso y del pueblo de la convocatoria) y la realización de nuevas elecciones, además de la suspensión de la potestad de reforma del Congreso. Fuera de ello, para la aprobación de la convocatoria a la asamblea, ese artículo exige un umbral mayor de participación pues se requiere que lo apruebe al menos una tercera parte de los integrantes del censo electoral, y no únicamente la cuarta parte, como en el caso del referendo. Finalmente, la Carta establece que la ley que es sometida al pueblo para que éste determine si se convoca o no a la correspondiente asamblea, determinará la competencia de la misma. En tales circunstancias, por esta vía, la Carta autoriza una verdadera institucionalización de un poder constituyente, con plena capacidad de reformar incluso la totalidad de la Constitución. En efecto, si la ley establece que la competencia de esa asamblea incluye la revisión total de la Constitución, y el pueblo aprueba la convocatoria de una asamblea con tales poderes, entonces se entiende que dicho cuerpo actuaría como poder comisionado del pueblo soberano, tal y como lo hizo, en su momento, la Asamblea Constituyente de 1991.

Creo que los anteriores elementos fortalecen, y al mismo tiempo aclaran, la doctrina desarrollada por la Corte sobre los límites materiales al poder de reforma, la cual tiene un indudable interés en términos de derecho comparado.

4- La doctrina sobre la libertad del elector.

Otro aspecto interesante, en términos de derecho comparado, es el desarrollo de la sentencia C-551 de 2003 sobre la protección de la libertad del elector en los referendos. La doctrina de la Corte no es original y se funda explícitamente en los desarrollos del Consejo Constitucional de Francia, sobre las exigencias de lealtad y claridad en la presentación de los textos sometidos a consideración del pueblo (Ver fundamentos 117 y ss). Esta doctrina sirvió de fundamento a la Corte, que sin lugar a dudas intentó maximizar la libertad del elector y reducir un poco la polarización ciudadana en torno al referendo. Esto explica la declaración de inconstitucionalidad del voto en bloque, la defensa de ciertas formas de abstención frente a preguntas individuales, y la eliminación de los aspectos que más groseramente inducían la votación afirmativa del ciudadano (ver fundamentos 135 y ss).

La sentencia trae entonces aportes interesantes, aunque polémicos, sobre la posibilidad de que existan o no referendos sobre temas complejos, o la posibilidad de que ciertas

preguntas sean o no compuestas, esto es, que supongan varias subpreguntas (ver fundamentos 172 y ss). La tesis de la Corte es que estas preguntas complejas son posibles si el Congreso pretende la aprobación de una regulación sistemática de una materia. Ciertamente, en algunos casos, desagregar y subdividir los contenidos de un proyecto de reforma puede hacer peligrar la unidad y coherencia de las reformas propuestas. Sin embargo, precisa la sentencia, esas preguntas compuestas violan la libertad del elector y desconocen la exigencia de claridad y lealtad cuando incorporan elementos completamente extraños al tema o institución propuesta, esto es, regulaciones que no tengan vínculos de conexidad lógica o sistemática con la reforma propuesta.

Esta doctrina puede ser interesante en términos de derecho comparado y sin lugar a dudas fue útil para que la Corte adoptara una decisión que aclarara el sentido y alcance del referendo propuesto. Sin embargo, en este punto la labor de la Corte fue tal vez insuficiente. Siguiendo su doctrina, la Corte debió reducir la gran diversidad de temas del referendo y la complejidad de ciertas preguntas, pues éstas violan la libertad del elector que la Constitución ordena proteger en las consultas ciudadanas.

Para comprender ese problema, es necesario tener en cuenta que los ciudadanos modernos, a diferencia de los griegos de la Antigüedad, no son políticos de tiempo completo. Sólo dedican una parte de su vida a la deliberación pública. El resto del tiempo lo usan para otras actividades, como el trabajo, el cuidado de la familia, el amor, la conversación con los amigos, el arte, y muchas otras que pueden, incluso, ser más importantes, para muchas personas, que la discusión política. Es iluso pensar entonces que un ciudadano dedicará un tiempo considerable a volverse un especialista en temas políticos muy diversos, únicamente para poder votar competentemente sobre ellos. ¿Cómo? Si para ello le tenemos que pagar a los políticos; la mayor parte de los ciudadanos prefieren ese plácido goce de la privacidad y de la independencia personal, que era para Constant, la libertad de los modernos. Es quimérico creer entonces que la ciudadanía puede votar competentemente un referendo que versa sobre temas no solo tan especializados sino tan disímiles.

La anterior conclusión es tan clara que muchos de los países que más recurren a la consulta ciudadana, exigen que las preguntas formuladas en un referendo no se refieran a materias disímiles, precisamente para asegurar la libertad del elector. Así sucede en particular en dos de las naciones que más intensamente han recurrido a esta modalidad de participación ciudadana, como son Suiza e Italia. En esos países, la realización de ciertos referendos fue prohibida porque las preguntas no respetaban la unidad de materia. Y como lo dijo la sentencia 16 de 1978 de la Corte Constitucional italiana, que anuló un referendo sobre temas múltiples, si las preguntas son tan heterogéneas, que no pueden ser “reconducidas a una matriz racionalmente unitaria”, entonces la naturaleza del referendo queda distorsionada, pues deja de ser una decisión competente y libre de la ciudadanía sobre un texto jurídico, para transformarse en otra cosa: un voto de confianza plebiscitario en los promotores del referendo.

En tal contexto, sin lugar a dudas la diversidad de materias del actual referendo planteaba vicios de inconstitucionalidad, pues violaba la libertad del elector y lo transformaba en un plebiscito. Y es claro que la Constitución colombiana no puede ser reformada plebiscitariamente.

¿Quiere decir lo anterior que un referendo constitucional sólo puede tocar un tema? Creo que no, pues dentro de ciertos límites puede consultarse a la ciudadanía sobre dos o tres asuntos diversos, y se puede esperar que las personas puedan razonablemente responder al cuestionario. Por ejemplo, es compatible con la libertad del elector que un mismo día se pregunte a la ciudadanía si quiere o no que el aborto sea legal, y si quiere o no que la universidad pública sea gratuita, que son dos temas diversos, pero frente a los cuales es razonable esperar que las personas pueden hacer una votación informada y libre. Es entonces admisible que, para economizar recursos y evitar el cansancio electoral, la ciudadanía pueda ser convocada para votar en el mismo día esos dos temas, o mejor, esos dos referendos.

Sin embargo, si el número de temas es muy grande y diverso, es obvio que el referendo queda desnaturalizado y la libertad ciudadana se ve afectada. Un interrogante surge: ¿cuantos temas o referendos diversos pueden ser votados en una misma ocasión, sin violar la libertad del elector?

En el ordenamiento colombiano, ese tema del número máximo de referendos en una misma ocasión no debería suscitar discusiones pues está claramente resuelto. Precisamente para garantizar la libertad del elector, el artículo 39 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación establece una prohibición perentoria: “No podrá acumularse la votación de más de tres referendos para la misma fecha.” Esa prohibición fue declarada constitucional por la sentencia C-180 de 1994 y su finalidad es muy clara: busca compatibilizar la economía de recursos con la libertad ciudadana, como se desprende de los debates en el Congreso, en donde se dijo que “esta regla permitirá utilizar eficientemente la infraestructura electoral y economizar recursos, sin sacrificar el debate, pues al limitar el número de asuntos que pueden ser sometidos simultáneamente al pueblo, se evita que el elector pueda ser confundido con la votación de múltiples temas” (Gaceta del Congreso. No 23 de 1992, p 9).

Creo entonces que la Ley 796 de 2003 era entonces inconstitucional por contener, al menos, cinco referendos distintos, cuando, en el mejor de los casos, sólo puede acumularse la votación de máximo tres referendos. El análisis sobre este punto de la sentencia C-551 de 2003 me parece insuficiente.

Tres posibilidades quedaban entonces a la Corte Constitucional: (i) declarar la inconstitucionalidad de esa ley. Sin embargo, esa decisión podía ser cuestionada, por ser contraria al principio de conservación del derecho, según el cual el juez constitucional debe intentar, en tanto sea posible, preservar la labor del Legislador. (ii) Podría entonces pensarse en que la Corte hubiera escogido los tres temas o referendos que la ciudadanía debería votar, pero esa posibilidad tampoco parece razonable, pues no es claro cuál es el criterio jurídico que permitiría que la Corte realizara esa selección. O, (iii) finalmente, podría haber devuelto al Congreso la ley para que éste hubiera escogido los tres referendos que los ciudadanos deberíamos votar. Esta. Por las razones antes mencionadas, parece la solución más razonable.

Las limitaciones de la Corte en este punto explican que, a pesar de las indudables bondades de su decisión, ésta no hubiera logrado disminuir la polarización en torno al referendo, como lo muestra la votación en torno al mismo. En vez de existir una reflexión ciudadana pausada sobre las distintas preguntas, los electores tendieron mayoritariamente a decidir en bloque el tema: los que apoyaban al presidente tendieron

a votar afirmativamente todas las preguntas; los críticos de las estrategias gubernamentales tendieron a abstenerse o a votar negativamente. Y algunos pocos, poquísimos, ciudadanos decidieron cada pregunta según sus méritos.

III. Efectos temporales de las decisiones de inconstitucionalidad de medidas de excepción: la sentencia C-619 de 2003.

Un tema recurrente de discusión no sólo en teoría constitucional sino en las distintas jurisdicciones constitucionales es el de los efectos temporales de la decisión del tribunal constitucional, cuando éste declara la inconstitucionalidad de una disposición legal y la expulsa del ordenamiento.

El problema surge por cuanto la declaratoria de inconstitucionalidad implica constatar que una norma legal desconoce mandatos constitucionales, y debe entonces ser retirada del sistema jurídico. Sin embargo, esa disposición legal estuvo vigente y produjo efectos durante un período determinado, en el cual los operadores jurídicos pudieron razonablemente considerar que esa ley se ajustaba a la constitución, en virtud de la presunción de constitucionalidad de las normas legales.

Lo anterior explica que el efecto temporal de una decisión de inconstitucionalidad dependa del peso que el ordenamiento jurídico respectivo atribuya a dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución, que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es retroactivos, pues la disposición legal siempre estuvo afectada del vicio de inconstitucionalidad, lo cual significa que su validez siempre estuvo en entredicho. Y el respeto a la seguridad jurídica, que, por el contrario, indica que la decisión del juez constitucional debe tener efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro, debido a que los operadores jurídicos actuaron con base en la presunción de constitucionalidad de las leyes.

En términos generales, suelen oponerse dos grandes sistemas: de un lado, los modelos jurídicos que confieren efectos ex nunc a la decisión de inconstitucionalidad, la cual sólo surte efectos hacia el futuro. Esta concepción, que es recogida por ordenamientos como el austriaco, está vinculada a la visión kelseniana del tribunal constitucional como legislador negativo y asimila la decisión de inconstitucionalidad a una derogación de la disposición legal sometida a control. Este sistema confiere entonces una cierta prevalencia a la protección de la seguridad jurídica, a la buena fe y a la confianza de los operadores jurídicos en la presunción de validez de las disposiciones legales. Por el contrario, otros ordenamientos, como Estados Unidos o Alemania, tienden a privilegiar la supremacía constitucional sobre la seguridad jurídica y atribuyen efectos ex tunc a la decisión de inconstitucionalidad, la cual tiene entonces ciertos efectos retroactivos, pues se considera que la norma declarada inconstitucional siempre fue inválida, por su oposición con los preceptos constitucionales.

Colombia no ha escapado a ese difícil debate sobre los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad del juez constitucional. Aunque la Constitución de 1991 no regula específicamente el tema, la Corte Constitucional, siguiendo la tradición jurisprudencial colombiana, ha considerado que, por regla general, los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad (o inexequibilidad como a veces se denominan en Colombia) tienen, por razones de seguridad jurídica, efectos ex nunc o hacia el futuro. Esto

significa que el ordenamiento colombiano privilegia la protección de la buena fe y de la seguridad jurídica. Sin embargo, la propia Corte ha señalado que en ciertas ocasiones pueden existir razones constitucionales que justifiquen un apartamiento de esa regla general, ya sea para conferir efectos retroactivos o ex tunc a la decisión de inexequibilidad, o ya sea para atribuir efectos ultractivos a esa decisión y postergar por un tiempo razonable la expulsión de la disposición declarada inexecutable. Esa facultad de la Corte fue aceptada por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, cuyo artículo 45 señala que las sentencias de la Corte “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

La sentencia C-619 de 2003, que incorporamos en este comentario, está centrada en el punto de los efectos temporales de una decisión de inexequibilidad, y tiene un doble interés. De un lado, tanto la decisión de la Corte como los salvamentos de voto (o votos disidentes) y las aclaraciones de voto (o votos concurrentes) realizan un examen conceptual y un recorrido de derecho comparado del problema de los efectos temporales de las decisiones de inconstitucionalidad, que puede ser útil para el estudioso.

De otro lado, esta sentencia aborda un tema complejo y que, hasta donde llega nuestro conocimiento, es único en derecho comparado, y es el siguiente: ¿cuál es el efecto temporal de una sentencia de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley dictada al amparo de un estado de excepción, cuando ese estado de excepción ha sido a su vez declarado inconstitucional por el tribunal constitucional?

Para entender el problema que aborda esta sentencia, son útiles unas breves explicaciones sobre el régimen constitucional colombiano de los estados de excepción, y en particular, del estado de conmoción interior.

Conforme a la Constitución colombiana, en casos de graves crisis de orden público, el Presidente, con la firma de todos sus ministros, puede declarar el estado de conmoción interior, lo cual le permite limitar ciertos derechos constitucionales y expedir decretos con fuerza de ley. Corresponde a la Corte Constitucional controlar la validez del decreto que establece el estado de excepción, y en jurisprudencia reiterada pero que ha generado mucha polémica, este tribunal ha considerado que su control se extiende no sólo al examen de los requisitos formales del citado decreto, sino también al estudio de los requisitos materiales del mismo. Esto significa que la Corte examina si se reúnen o no los supuestos fácticos y materiales que legitiman el uso presidencial de las medidas de excepción, y en caso de que el tribunal constitucional concluya que la declaratoria de ese estado de excepción estuvo injustificada, procede a decretar su inconstitucionalidad

Ahora bien, entre el decreto presidencial que declara el estado de excepción y la sentencia de la Corte que controla su validez pueden transcurrir algunas semanas, y en ese período el Gobierno suele expedir decretos legislativos, que desarrollan los poderes de excepción y cuyo control constitucional también corresponde a la Corte. Como es obvio, si el decreto que establece un estado de excepción es encontrado inconstitucional, todos los decretos legislativos que se expidieron con fundamento en ese estado de excepción deben también ser declarados inexecuibles, puesto que su base jurídica ha desaparecido. Es lo que la Corte Constitucional ha denominado una “inconstitucionalidad por consecuencia”, y que no suscita mayores discusiones jurídicas. El problema que surge es cuál es el efecto temporal de esas decisiones de

“inconstitucionalidad por consecuencia”, teniendo en cuenta que el ordenamiento colombiano confiere, por regla general, efectos ex nunc o hacia el futuro a las decisiones de inexecutableidad del juez constitucional. Ese es el problema específico que aborda la sentencia C-619 de 2003.

En esta sentencia, la Corte debía examinar el Decreto 900 de 2003, expedido con base en el decreto 245 de 2003, mediante el cual había sido prorrogado el estado de conmoción interior. Ese decreto fue declarado inconstitucional por la sentencia C-327 de 2003, por lo que, en virtud de la “inconstitucionalidad por consecuencia”, el decreto 900 de 2003, que había sido expedido con fundamento en esa prórroga, perdió su sustento jurídico y debía obligatoriamente ser retirado del ordenamiento. Ese punto no suscitó ninguna polémica y la decisión de la Corte fue unánime en ese aspecto. Sin embargo, como lo puede examinar el lector, la Corte se dividió profundamente en torno a los efectos temporales de esa decisión de “inconstitucionalidad por consecuencia” de ese decreto 900 de 2003. Por una estrecha mayoría (5 contra 4), la Corte concluyó que ese decreto fue siempre inconstitucional, pues fue expedido con fundamento en un estado de excepción que resultó ser ilegítimo, y por ello retrotrajo los efectos de su decisión hasta el momento de la expedición del citado decreto 900 de 2003, esto es, hasta el 10 de abril de 2003. Cuatro magistrados se apartaron de esa decisión, pues consideraron que si bien la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto 900 de 2003, realizada el 29 de julio de 2003, debía tener ciertos efectos retroactivos, dichos efectos sólo podían retrotraerse hasta la sentencia C-327 de 2003, que declaró inconstitucional la prórroga del estado de excepción, esto es, hasta el 29 de abril de 2003. Según estos magistrados, antes de la sentencia C-327 de 2003, el estado de conmoción interior se encontraba vigente y el decreto 900 de 2003 debió presumirse constitucional entre su expedición (10 de abril) y la sentencia C-327 de 2003 (29 de abril) que declaró la inconstitucionalidad de la prórroga.

Esta sentencia de la Corte Constitucional, y las propias polémicas suscitadas entre sus integrantes, muestra la complejidad del tema de los efectos temporales de las decisiones de inconstitucionalidad y la dificultad para construir una dogmática constitucionalmente adecuada en este punto.

NOTAS

1. Ver la sentencia del 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú).
2. Hay numerosas sentencias sobre el tema, pero hay tres particularmente importantes, en las que se concreta ese cambio: la sentencia C-282 de 2002, la sentencia C-04 de 2003 y la sentencia C-578 de 2002 sobre el Tribunal Penal Internacional.
3. Sentencia C-282 de 2002, MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett
4. Para las tesis de Ross, ver Alf Ross. “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional” en El concepto de validez y otros ensayos. México: Fontanamara, 1993, pp 49 y ss. Para presentaciones por otros autores de sus tesis, ver Pedro de Vega. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid: Tecnos, 1999, pp 274 y ss.
5. Karl Lowenstein. Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel, 1986, p 193.
6. Sobre la noción de Ius Cogens, ver el artículo 53 de la Convención de Viena de

1969 sobre el derecho de los tratados, que define este concepto así: "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

7. Para una defensa de esa tesis, ver Elai Katz. "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment" en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1996, No 19, pp 251 y ss.

8. Georges Burdeau. *Traité de Science Politique*. Paris: LGDJ, 1969, Tomo IV, p 181.

9. Georges Burdeau. *Op-cit*, p 260.

10. Informe Ponencia. Mecanismos de Participación Democrática. *Gaceta Constitucional*. No 52, pp 9 y 10.

11. Ver la sesión del 8 de mayo de 2001 de la Comisión Primera, en donde uno de los delegatarios planteó que toda reforma a la carta de derechos debía ser sometida a referendo, idea que fue respaldada por otro delegatario, que recordó que muchas constituciones preveían distintos mecanismos de reforma, según las materias. Ver Acta No 36 de esa sesión en *Gaceta Constitucional*. No 133, p 7.

12. Para un estudio de estas polémicas y de la evolución del control material de los estados de excepción por la Corte Constitucional ver mi texto "The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia" en *Journal of democracy* (en prensa). Ver igualmente García Villegas, Mauricio. 2001. "Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997" en Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de la justicia colombiana*. Bogotá: Uniandes, UN, Siglo del Hombre.